

С. Н. Хорунжий

кандидат юридических наук, преподаватель  
Воронежский государственный университет

## ВИДЫ ИСКОВ КАК ОСНОВАНИЕ ВЫДЕЛЕНИЯ КОНСТИТУТИВНЫХ РЕШЕНИЙ СУДА

В современной научной литературе изучению гражданско-процессуальной классификации исков уделено незначительное внимание. В частности, при делении исков в зависимости от их процессуальной цели, как правило, говорится о существовании двух «традиционных» видов исков (признании и присуждении). Некоторые ученые указывают также на преобразовательные иски и выдвигают аргументы в пользу их существования. Вместе с тем признание таких исков обуславливает видовое разнообразие судебных решений и в конечном счете влияет на определение самого существа акта суда. Решения суда, которые выносятся по результатам рассмотрения таких исков, являются, по мнению их сторонников, юридическим фактом, преобразующим общественные отношения. Поэтому преобразовательный иск называют также конститутивным, или иском о преобразовательном (конститутивном) решении<sup>1</sup>.

Е. В. Васьковский, будучи одним из первых в России ученых, теоретически обосновавших существование преобразовательных исков, указывал, что их целью является «создание, изменение или прекращение юридических отношений», а по своему содержанию они «распадаются на три категории: правосозидающие, правоизменяющие и правопрекращающие»<sup>2</sup>.

Данная точка зрения получила развитие в трудах ведущих ученых-процессуалистов М. А. Гурвича, К. И. Комиссарова, Г. Л. Осокиной, Д. И. Полумордвинова и др. Признание преобразовательных исков и конститутивных (потестативных) решений находит место и в современной учебной литературе. В частности, указывается, что под преобразовательными «понимаются иски о прекращении, изменении, а в ряде случаев и о возникновении нового материального правоотношения. Судебное решение в подобном случае выступает в качестве юридичес-

<sup>1</sup> М. А. Гурвич называет их еще потестативными, указывая, что термин заимствован из болгарской теории: от лат. potestas — любой вид изменения, прекращения и иногда создания нового права (цит. по: Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 16).

<sup>2</sup> Цит. по: Гражданский процесс: Хрестоматия: Учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. М. К. Треушников. М., 2005. С. 450.

кого факта материального права, которое изменяет структуру материального правоотношения»<sup>3</sup>.

В качестве наиболее характерных примеров преобразовательных исков обычно приводят иски: о признании брака недействительным, о выделении доли в праве собственности, о признании оспоримой сделки недействительной<sup>4</sup>, об установлении отцовства, об изменении размера алиментов, о принудительном обмене жилого помещения, о расторжении брака, о разделе имущества супругов, об обмене и разделе жилого помещения и др.<sup>5</sup>

Однако даже среди сторонников теории преобразовательных исков нет единого мнения в определении того, какие именно иски и судебные решения по ним следует считать преобразовательными. Г. Л. Осокина, проводя обстоятельный анализ разнообразных суждений о видах исков, указывает на ошибку, которую, по ее мнению, допускает М. А. Гурвич, относя иски об освобождении имущества от ареста, а также иски о признании сделки недействительной к преобразовательным. По мнению ученой, это — разновидности исков о признании. Действительно, требования об освобождении имущества от ареста направлены на «признание права собственности истца и восстановление этого права путем понуждения ответчика передать спорные вещи (имущество) истцу». Поэтому иски, которые подтверждают существующее право (собственности на арестованное имущество), не могут рассматриваться как преобразовательные, равно как и иски об установлении отцовства. При этом иск о признании сделки недействительной является отрицательным иском о признании, в то время как иск об установлении отцовства, а также иск об освобождении имущества от ареста — положительным иском о признании<sup>6</sup>.

Существование таких противоположных взглядов на один предмет даже в среде приверженцев выделения конститутивных решений свидетельствует о недостаточности теоретической основы и фактической аргументации выделения преобразовательных исков. Данное обстоятельство было и остается одной из причин их отрицания. Среди противников конститутивных исков и преобразовательных решений суда выступали М. Г. Авдюков, А. А. Добровольский<sup>7</sup>, Н. Б. Зейдер, С. А. Ивано-

<sup>3</sup> Гражданский процесс: Учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / Отв. ред. В. В. Ярков. М., 2006. С. 262.

<sup>4</sup> См.: Новоселова Л. А., Рожкова М. А. К вопросу о силе судебных актов арбитражного суда // СПС «Консультант Плюс».

<sup>5</sup> См.: Гурвич М. А. Судебное решение... С. 36—37; Осокина Г. Л. Проблемы иска и права на иск. Томск, 1989. С. 78.

<sup>6</sup> Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 76—78.

<sup>7</sup> Заметим, что в одной из ранних работ А. А. Добровольский и С. А. Иванова указывали, что решение суда об установлении отцовства является «завершающим юридическим фактом в составе основных юридических фактов по делу». Вместе с тем они подчеркивали, что судебное решение «необходимо не для возникновения отцовства (отцовство возникло до решения суда), а для юриди-

ва, А. Ф. Клейнман, З. Т. Новичкова, В. М. Семенов, Н. А. Чечина, К. С. Юдельсон.

Отдельно отметим позицию С. Н. Абрамова, который, с одной стороны, признавал существование исков об изменении или прекращении правоотношения, с другой — не соглашался с «преобразующим» характером таких исков. По мнению ученого, выделение в самостоятельный вид конститутивных исков является ошибочным по двум причинам:

а) суд не наделен полномочиями изменять или прекращать правоотношения, поэтому он вправе лишь решить вопрос о том, влекут ли установленные им факты изменение или прекращение правоотношения;

б) судебное решение, ввиду существенных особенностей его юридической природы, нельзя вводить в «преобразующий» состав и приравнивать к другим юридическим фактам, предусмотренным материально-правовой нормой (сделкам, административным актам)<sup>8</sup>.

Существующие в литературе определения преобразовательных исков (решений) и аргументы сторонников их выделения можно гипотетически разделить на несколько тесно связанных между собой групп<sup>9</sup>:

ческого закрепления отцовства и принудительного осуществления спорного правоотношения» (см.: *Добровольский А. А., Иванова С. А.* Судебное решение как акт защиты нарушенного или оспоренного права // *Сов. государство и право.* 1977. № 5. С. 110). В последующих работах были высказаны дополнительные аргументы: решение суда по искам об установлении отцовства «не является тем конститутивным, преобразовательным фактом, на основании которого возникает правоотношение отцовства. Весь вопрос состоит только в том, что нужно доказать в суде те юридические факты, в силу которых будет установлено, что ответчик является отцом ребенка». Если такие факты установлены, то будет и установлено правоотношение отцовства. «Суд может установить отцовство только тогда, когда оно реально существует и возникло до суда и независимо от суда» (см.: *Добровольский А. А., Иванова С. А.* Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1979. С. 81—82).

<sup>8</sup> См.: *Абрамов С. Н.* Советский гражданский процесс. М., 1952. С. 159—160. Существует и другой подход. В. И. Данилин и С. И. Реутов не выделяют преобразовательные решения в самостоятельный вид, но признают за судебным актом значение юридического факта. При этом решения суда об установлении отцовства, о признании гражданина безвестно отсутствующим, об объявлении гражданина умершим относят к актам суда, официально подтверждающим наступившие факты (по сути, к решениям о признании). В качестве правостанавливающих фактов авторы рассматривают решения суда о восстановлении в родительских правах, а также о признании усыновления недействительным. Правопрекращающими юридическими фактами являются, по их мнению, решения суда об отмене усыновления, об объявлении умершим участника брачно-семейных отношений и т.п. (см.: *Данилин В. И., Реутов С. И.* Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 84—87).

<sup>9</sup> Приведенная далее классификация в значительной степени условна: в работах сторонников рассмотрения самостоятельности иска о конститутивном решении обосновывающие их аргументы, как правило, не систематизированы. Доказательства существования преобразовательных исков приводятся зачастую непоследовательно, аргументы — эклектичны.

1. Преобразовательные иски (решения) как осуществление преобразовательных полномочий суда в достижении им целей гражданского судопроизводства.

2. Преобразовательные иски (решения) как способ защиты субъективных гражданских прав.

3. Преобразовательные иски (решения) как результат применения правотворческих полномочий суда.

4. Преобразовательные иски (решения) как средство реализации принадлежащего лицу права на преобразование правоотношения.

1. Рассмотрим подробнее. Существование преобразовательных исков первой группы объясняется последствием наличия у суда собственных полномочий по изменению (прекращению, а также созданию новых) материально-правовых отношений в рамках достижения поставленных перед ним целей гражданского судопроизводства.

Н. Б. Зейдер предложил, что «при классификации исков и решений и, следовательно, при определении природы отдельных их групп в зависимости от той процессуальной цели, какую эти иски и решения преследуют, следует исходить из той непосредственной процессуальной цели, на которую данный иск и решение направлены»<sup>10</sup>.

Процессуальная цель достигается с помощью решения определенных в законе задач гражданского судопроизводства: правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел; обеспечение доступности правосудия; справедливое публичное судебное разбирательство в установленный законом срок независимым и беспристрастным судом; укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений; формирование уважительного отношения к закону и суду; содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота (ст. 2 ГПК РФ, ст. 2 АПК РФ). Предусмотренные законом задачи гражданского судопроизводства пронизывают все стадии процесса и находят отражение в соответствующих актах судебной власти, главным образом, в решении суда. Цель гражданского судопроизводства состоит в защите субъектов частного и публичного права.

Исходя из этого, можно выделить восстановительную, регулятивную, охранительную и воспитательную функции судебного решения<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Цит. по: *Исаков В. Б.* Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980. С. 75.

<sup>11</sup> Подробнее о целях и задачах см., например: *Дегтярев С. Л.* Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: Теоретико-прикладные проблемы. М., 2007. С. 50—89; *Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации* / Под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2006. С. 45—47; *Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации* / Под ред. В. М. Жуйкова, В. К. Пучинского, М. К. Треушникова. М., 2003. С. 15—16; *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации* / Под общ. ред. В. И. Радченко. М., 2003. С. 5; *Жилин Г. А.* Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000; *Воскобитова Л. А.* Сущностные характеристики судебной власти. Ставрополь, 2003; *Носырева Е. И.* О функ-

Как видим, действующее законодательство не содержит указаний на наличие преобразовательных полномочий суда. Установленной законом цели можно достичь не с помощью преобразования правоотношения, а благодаря решению указанных выше задач, поставленных процессуальным законом. Отметим, что даже такой апологет теории преобразовательных исков, как М. А. Гурвич, вынужден был признать, что сущность гражданского процесса состоит «не в преобразовании, а в подтверждении существующих правоотношений»<sup>12</sup>. Цель деятельности суда — обеспечить защиту нарушенных или оспоренных прав и законных интересов. Таким образом, из закона напрямую не следует некая преобразовательная функция суда или задача гражданского судопроизводства.

Может быть, преобразование является процессуальной целью искового заявления? Однако и это предположение не находит подтверждения. Так, по мнению С. Н. Абрамова, «ближайшей целью иска в процессуальном смысле является судебное решение»<sup>13</sup>. С точки зрения Г. Л. Осокиной, цель иска состоит в защите нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса (установленного правопорядка)<sup>14</sup>. Поскольку цель иска не зависит от его видовой принадлежности, то при делении исков на иски о признании, о присуждении и преобразовательные классификационным признаком, по мнению ученой, выступает не цель иска, а способ защиты нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса<sup>15</sup>.

С позиции А. А. Добровольского, процессуальная цель всех исков едина — получение судебного решения о защите нарушенного или оспоренного права. Форма же защиты (присуждение или признание) зависит не от волеизъявления истца, а от характера заявленных им через суд требований, которые вытекают из спорного правоотношения. Поэтому и классификация должна проводиться не столько по процессуальной цели, сколько по характеру спорного правового требования истца к ответчику, т.е. по предмету иска<sup>16</sup>.

Известно, что закон и судебная практика выделяют два элемента

---

циях суда первой инстанции при рассмотрении гражданских дел: Материалы Всерос. науч.-практ. конф. (Воронеж, 14—15 ноября 2003 г.) / Под ред. Ю. Н. Старилова. Воронеж, 2004. С. 131—141; *Цихоцкий А. В.* Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Новосибирск, 1998; и др.

<sup>12</sup> Гурвич М. А. Право на иск. М., 1978. С. 37—38.

<sup>13</sup> Абрамов С. Н. Указ. соч. С. 158.

<sup>14</sup> См.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 21, 39.

<sup>15</sup> См.: Там же. С. 68—69. В литературе были высказаны и другие точки зрения. В частности, П. В. Логинов полагает, что на виды подразделяются не иски, а способы защиты гражданских прав (см.: *Логинов П. В.* Понятие иска и исковая форма защиты права // Сов. государство и право. 1983. № 2. С. 103).

<sup>16</sup> См.: Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1: Теоретические основы правосудия по гражданским делам / Отв. ред. А. А. Мельников. М., 1981. С. 43, 457.

иска: предмет и основание (ст. 39 ГПК РФ, ст. 49 АПК РФ)<sup>17</sup>. Первый из них раскрывается преимущественно как материально-правовое требование истца к ответчику, по поводу которого суд должен вынести решение<sup>18</sup>. Предметом иска является «материально-правовое требование истца к ответчику о совершении определенных действий, воздержании от них, признании наличия или отсутствия правоотношения, изменении или прекращении его»<sup>19</sup>. Основание иска — юридические факты, на которых истец основывает свои требования к ответчику. Например, в исках о разделе имущества, находящегося в общей собственности, истец требует признания за ним права на определенную долю спорного имущества. Поэтому предметом такого иска будет материально-правовое требование истца о признании права собственности на долю в общем имуществе.

По мнению М. С. Шакарян, преобразовательный иск имеет свой собственный преобразовательный предмет и основание. Предметом такого иска служит право истца односторонним волеизъявлением прекратить или изменить правоотношение. Основанием преобразовательного иска служат факты, с которыми связано возникновение правоотношения, подлежащего изменению или прекращению, а также факты, с которыми связана возможность осуществления преобразовательного правомочия на изменение или прекращение правоотношения<sup>20</sup>. В качестве одного из аргументов допустимости существования преобразовательных исков предлагалось также рассматривать *предмет иска* опосредовано, через иную категорию — «*способ защиты*» нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса<sup>21</sup>.

Требование истца должно содержать ссылки на обстоятельства, создающие, изменяющие или прекращающие правоотношения, т.е. юридические факты, на которых истец основывает материально-правовое требование к ответчику. Поскольку такие факты содержатся в

<sup>17</sup> Заметим, что в процессуальной литературе наряду с предметом и основанием выделяют также содержание иска (М. С. Шакарян), стороны иска (Г. Л. Осокина).

<sup>18</sup> Предмет иска также предлагают определять как спорное отношение и одновременно как материально-правовое требование истца к ответчику, в других случаях — только как спорное правоотношение (подробнее дискуссию об элементах иска см.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы... С. 32—55; Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 89).

<sup>19</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 27 июля 2004 г. № 2353/04 «О направлении дела на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции для надлежащей оценки доводов ответчика о подписании акта сверки взаимной задолженности неуполномоченным лицом» // Вестник ВАС РФ. 2004. № 12. С. 58—60.

<sup>20</sup> См.: Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2005. С. 204, 206.

<sup>21</sup> Подробнее см.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 84—97. Заметим, что это предложение не нашло единодушного признания среди процессуалистов.

законе, можно утверждать, что преобразование правоотношения происходит не в результате собственной воли суда, а благодаря санкционированному в судебном решении применению соответствующего способа защиты, предусмотренного нормами материального права.

Истец, предъявляя в суд требование о выделении доли в праве собственности, например, защищает не свое право на выделение доли, а право на владение, пользование и распоряжение определенным объектом недвижимого имущества, т.е. свое право собственности на это имущество, равно как и в случаях подачи иска об освобождении имущества от ареста. Здесь исковые требования выступают как процессуальное средство защиты *существующих* прав. Соответственно судебное решение не наделяет правом, но обеспечивает защиту субъективного права лица, которое им обладает. В юридической литературе справедливо указывали на недопустимость отождествления материально-правового требования или притязания с самим нарушенным или оспоренным правом, где притязание рассматривали как «одно из правомочий, вытекающих из определенного субъективного права, а не само нарушенное или оспоренное субъективное право», поскольку «надобность в иске возникает тогда, когда материальное субъективное право нарушено (оспоровано)»<sup>22</sup>. Нарушение осуществляемого лицом права влечет за собой возникновение материально-правового требования *обладателя* этого права об устранении нарушений или препятствий в реализации субъективного гражданского права. Если нет права, то не может быть и его защиты.

В литературе верно было отмечено, что в процессе гражданского судопроизводства рассматриваются не требования истца к суду, а заявленные в суд требования истца к ответчику, поэтому «во всех стадиях процесса деятельность суда сводится к проверке и реализации иска как материально-правового требования истца к ответчику»<sup>23</sup>. Соглашаясь с этим, отметим противоречия в позиции некоторых сторонников преобразовательных исков. Так, В. И. Данилин и С. И. Реутов указывают, что «важнейшим видом правомерных действий являются юридические акты, т.е. такие волеизъявления *субъектов* (здесь и далее — выделено мною. — С. Х.) права, которые *непосредственно* направлены на возникновение, изменение или прекращение правоотношений», при этом «индивидуальный акт субъекта права характеризуется его волей, сознательной направленностью на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей»<sup>24</sup>. К таким актам относят и решение суда. По существу сказанного заметим следующее.

Во-первых, постулирование статуса суда как субъекта материально-правового отношения нуждается в самостоятельной дополнительной аргументации, которую авторы не дают. Суд — это прежде всего

---

<sup>22</sup> Курс советского гражданского процессуального права... С. 415.

<sup>23</sup> Там же. С. 417.

<sup>24</sup> Данилин В. И., Реутов С. И. Указ. соч. С. 57—62.

орган правосудия и обязательный участник процессуальных отношений вне зависимости от отраслевой принадлежности выводов, содержащихся в вынесенном им решении. Если суд не является субъектом права (в рассматриваемом примере — семейного), может ли он напрямую влиять на изменение (возникновение, прекращение) семейного правоотношения? Думается, что ответ будет отрицательным<sup>25</sup>.

Во-вторых, вряд ли можно согласиться и с тем, что воля суда направлена «непосредственно» на возникновение, изменение или прекращение правоотношений. Задача суда, как уже отмечалась, состоит в разрешении спора, защите и восстановлении прав и законных интересов сторон. Иные следствия действия решения суда (изменения существующих правоотношений) опосредованы достижением целей гражданского судопроизводства.

Действующее законодательство не содержит указаний на особую конститутивную функцию правосудия, а преобразование не рассматривается как процессуальная цель иска. Следовательно, нет оснований для определения преобразовательного иска через некие не предусмотренные законом преобразовательные полномочия, через осуществление деятельности, которая не соотносится с процессуальной целью иска и правосудия в целом.

2. Обоснование преобразовательного иска и конститутивного решения суда как юридического факта пытаются найти также в том, что рассматривают их как способ защиты субъективных гражданских прав.

В юридической литературе отмечено, что классификация исков по процессуальной цели фактически является классификацией по способу защиты нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса<sup>26</sup>. В научной сфере, особенно в среде цивилистов, распространено мнение о том, что правовым основанием для признания существования преобразовательных исков выступают ст. 8 и 12 ГК РФ, в которых перечислены основания возникновения гражданских прав («из судебного решения» — абз. 5 ст. 8) и установлены способы их защиты («путем прекращения или изменения правоотношения» — абз. 11 ст. 12). Объединение этих норм приводит к известному выводу о том, что лицо вправе подавать иски о преобразовательном решении, поскольку судебное постановление может прекращать или изменять правоотношения и потому является юридическим фактом.

Поспешность такого вывода вызвана не совсем верным, на наш взгляд, пониманием норм закона, состоящим в следующем:

*Первое.* Материальное право, будучи самостоятельной и первостепен-

<sup>25</sup> Заметим, что авторам не удалось избежать противоречий в изложении вопроса о месте и роли суда в семейных правоотношениях. В одном случае они говорят, что суд — это участник семейно-правовых отношений (см.: Данилин В. И., Реутов С. И. Указ. соч. С. 57), в других — решение суда выносят за рамки актов субъектов семейного права (см.: Там же. С. 61—62).

<sup>26</sup> См.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 68—69, 79.

ной структурой романо-германской правовой семьи<sup>27</sup>, не регулирует вопросы, которые относятся к сфере процессуального права. Предметом первого выступают, как известно, предметные («материальные») правоотношения, второго — организационные вопросы и правовые процедуры разрешения споров<sup>28</sup>. Процессуальное право рассматривается так же, как форма, а материальное (предметное) право — как ее содержание. Соглашаясь с этим, отметим, что содержание нельзя определять через форму и, наоборот, форму — через содержание. Это два тесно связанных, обуславливающих друг друга, но не тождественных элемента: разнообразие видов гражданско-правовых договоров нельзя поставить в зависимость, например, от юрисдикционной формы их защиты<sup>29</sup>. Также будет ошибочным и обратное: исходя из предусмотренной законом судебной формы защиты гражданских прав устанавливать виды сделок. Форма жизни закона (процесс), очевидно, не может быть сведена к ее содержанию (материальному праву). Иск — *средство* судебной защиты<sup>30</sup>, предусмотренное процессуальной формой; «изменение правоотношения» — *мера* (способ) гражданско-правового *воздействия* на общественные отношения в случае нарушения или оспаривания принадлежащего лицу права.

Поэтому представляется неубедительным обоснование *видов исков* (как процессуального средства судебной защиты) *правовой возможностью* изменения или прекращения правоотношения (как гражданско-правового способа защиты права), предусмотренной ст. 12 ГК РФ<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Подробнее см.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988.

<sup>28</sup> См.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2002. Т. 2. С. 342—345.

<sup>29</sup> См.: Гражданское право: Учебник: В 3 т. 6-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2004. Т. 1. С. 337—339.

<sup>30</sup> Справедливости ради отметим, что в процессуальной литературе наряду с определением иска как *средства* защиты права (А. А. Добровольский, С. А. Иванова, Н. А. Чечина, Д. М. Чечот и др.) были высказаны и другие мнения о существе иска, подвергнутые впоследствии критике. В частности, иск рассматривали как *обращение* в суд первой инстанции за защитой нарушенного или оспоренного права (М. А. Гурвич, Р. Е. Гукасян, К. С. Юдельсон и др.); как сложную правовую категорию (теория двух самостоятельных понятий иска) — в процессуальном и материально-правовом смысле (С. Н. Абрамов, П. Ф. Елисейкин); как процессуальное средство возбуждения процесса и пр.

<sup>31</sup> Здесь мы не рассматриваем то обстоятельство, что определение исков, изучение их существа — прерогатива процессуальной *науки*, а не предмет законодательной деятельности и нормативной регламентации. Заметим также, что в литературе неоднократно обращалось внимание на то, что предложенная ст. 12 ГК РФ классификация способов защиты гражданских прав с научной точки зрения необоснованна, поскольку в ней смешаны способ и форма защиты гражданских прав. В частности, самозащита, которая с точки зрения теории права представляет собой *форму* неюрисдикционной защиты гражданских прав и охраняемых законом интересов, рассматривается законодателем как один из *способов* (подробнее см.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. Т. 1. С. 339—340).

Второе. Изменения гражданского законодательства также не свидетельствуют о признании преобразовательных исков. Так, ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик говорила о том, что «защита гражданских прав осуществляется судом, а также арбитражным судом, хозяйственным судом ...третейским судом путем: признания прав; ...прекращения или изменения правоотношения...»<sup>32</sup>. Данные положения были восприняты некоторыми авторами как доказательство допустимости рассмотрения иска в качестве средства судебной защиты нарушенных или оспариваемых прав путем вынесения судом конститутивного решения<sup>33</sup>. А. А. Добровольский и С. А. Иванова данное высказывание подвергли критике, указав, что в этой статье речь идет только о способах защиты гражданских прав, «но вовсе не о способах их изменения, прекращения или создания судебными решениями»<sup>34</sup>. Действующая в настоящее время ст. 12 ГК РФ более точно, на наш взгляд, определила место такого способа защиты гражданских прав, как «прекращение или изменение правоотношения». Кодекс поставил его в один ряд с признанием права, возмещением убытков, взысканием неустойки и др., не персонифицируя субъекта, реализующего данный способ защиты в лице суда. Законодательное определение конкретного органа, который будет осуществлять защиту гражданских прав (суд общей юрисдикции, арбитражный суд или третейский), не допускает урегулирования спора иным образом, в том числе без деятельности юрисдикционных органов (например, добровольно самим правонарушителем)<sup>35</sup>. Признание такого положения не соответствовало бы целому ряду принципов гражданского и гражданско-процессуального права (диспозитивного правового регулирования в осуществлении и защите гражданских прав и обязанностей), что нельзя считать приемлемым.

Таким образом, считаем, что нет оснований рассматривать перечень способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) как средства исключительно судебной защиты. Вероятно, именно поэтому законодатель отдельно (ст. 11 ГК РФ) говорит о судебной форме защиты со ссылкой на процессуальное законодательство. Иск, предъявленный в рамках гражданского судопроизводства, является всего лишь одним из

<sup>32</sup> Основы гражданского законодательства Союза ССР: Утверждены Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г. № 2211-1 // Ведомости ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

<sup>33</sup> См., например: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 77.

<sup>34</sup> Добровольский А. А., Иванова С. А. Судебное решение как акт защиты нарушенного или оспоренного права. С. 107.

<sup>35</sup> Достаточно обратить внимание на такой способ защиты гражданских прав, как самозащита (абз. 6 ст. 12, 14 ГК РФ), которая представляет собой самостоятельные фактические действия управомоченного лица, направленные на охрану материальных и нематериальных благ без обращения к органам власти (см., в частности: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 117—132).

инструментов защиты нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса.

*Третье.* Вполне возможно предположить правовую связь между процессуальной целью обращения в суд и результатом принятого по этому иску, а также вступившего в законную силу решения суда — изменение материального правоотношения. Однако объяснение процессуальной цели обращения в суд гражданско-правовым способом защиты приводит к подмене одного термина другим. Цель — это «конечное желанье, стремление, намеренье, чего кто силится достигнуть... Цель, начало или корень дела, побуждение» (В. И. Даль); «то, к чему стремятся, что намечено. Достигнуть предел, намерение, которое должно осуществить» (Д. Н. Ушаков). Способ — это «действие или система действий, применяемые при исполнении какой-н. работы, при осуществлении чего-н.» (С. И. Ожегов). Процессуальная цель иска — вынесение судебного решения о защите нарушенного или оспоренного права<sup>36</sup>.

Цель влияет на выбор способа и средств защиты, но не предопределяет их последствия (возникновение, изменение или прекращение материального правоотношения). Поэтому методологически неверно процессуальную цель иска (или судопроизводства в целом) объяснять основаниями возникновения материального правоотношения.

Таким образом, основания возникновения гражданских прав и обязанностей (ст. 8 ГК РФ) не могут рассматриваться как критерий для классификации исков и, следовательно, как аргумент, обосновывающий существование преобразовательных исков.

3. Определение преобразовательных исков через *правотворческие полномочия* суда представляется также неубедительным.

Изучению нормотворческих полномочий суда уделено внимание авторов многих современных работ: от констатации допустимости рассмотрения решения суда в качестве самостоятельного источника права до выделения законодательной (!) функции суда<sup>37</sup>. Несмотря на активную дискуссию по этой проблематике, вопрос о признании правотворческих полномочий суда до конца не решен. С точки зрения логики одно неизвестное нельзя обосновывать другим не менее спорным утверждением.

88 Признавая особую роль судебных актов в регулировании общественных отношений, считаем верной позицию Конституционного Суда РФ

<sup>36</sup> Заметим также, что есть предложения рассматривать способ защиты гражданских прав и законных интересов в процессуальном аспекте как выбор заинтересованным лицом одного из видов производства, предусмотренного процессуальным законом (см.: *Дегтярев С. Л.* Определение способа защиты (вида производства) заинтересованным лицом в арбитражном процессе (на примере оспаривания зарегистрированных вещных прав) // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 12. С. 23—24).

<sup>37</sup> Эта проблематика была уже подробно изложена во многих работах (см., например: *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. М., 2007; *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: Сравнительно-правовые аспекты. М., 2004; *Судебная власть / Под ред. И. Л. Петрухина.* М., 2003. С. 649, и др.).

(далее — КС РФ), выраженную в одном из постановлений, в котором подчеркивается, что только решения КС РФ, признающие неконституционными и утратившими силу нормативные акты, «имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные акты, общее значение, *не присущее правоприменительным по своей природе актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов* (выделено мною. — С. Х.)»<sup>38</sup>.

Вместе с тем думаем, что даже признание правотворческих полномочий у суда не может рассматриваться как решающий аргумент в обосновании существования преобразовательных исков. Заметим, что для такого защитника конститутивных решений, как М. А. Гурвич, признание за судом каких-либо нормотворческих функций представлялось в принципе недопустимым, а преобразовательные решения он рассматривал лишь как единственную и необходимую форму осуществления права, предусмотренного законом<sup>39</sup>.

Проведенный краткий анализ трех групп аргументов, высказанных в работах сторонников преобразовательных исков, позволяет сделать ряд промежуточных выводов.

Преобразовательные полномочия стоят за пределами целей и задач, поставленных законом перед гражданским судопроизводством. Нормы действующего процессуального законодательства не содержат положений, позволяющих сделать вывод о существовании у суда каких-либо собственных преобразовательных полномочий как способа защиты гражданских прав (ст. 8 ГК РФ), реализация которого влечет возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Статьи 8, 12 ГК РФ ничего не говорят о процессуальных средствах судебной защиты нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса, которым является иск. Поэтому «прекращение или изменение правоотношения» (ст. 12 ГК РФ) следует рассматривать как самостоятельный инструмент защиты прав — один из способов воздействия гражданского законодательства на общественные отношения. Следовательно, преобразование (возникновение, прекращение) право-

<sup>38</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

<sup>39</sup> См.: Гурвич М. А. Решение советского суда в исковом производстве. М., 1955. С. 32. Нельзя не отметить возникшую по этому вопросу заочную полемику ученых. А. А. Добровольский и С. А. Иванова подвергли критике взгляды М. А. Гурвича, полагая, что он признает нормотворческие полномочия советского суда (см.: Добровольский А. А., Иванова С. А. Судебное решение как акт защиты нарушенного или оспоренного права. С. 111). Г. Л. Осокина, справедливо указала на ошибочность такой оценки высказываний М. А. Гурвича, поскольку последний постоянно подчеркивал, что признание преобразовательных исков не означает признания нормотворческих полномочий суда (см.: Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 72—73).

отношения происходит на основании и в результате действия закона, а не решения суда, принятого по результатам рассмотрения некоего особого иска.

Суд удовлетворяет иски только в том случае, если неправомерными действиями нарушены принадлежащие истцу субъективные права или охраняемые законом интересы. В связи с этим представляет интерес рассмотрение последней группы аргументов сторонников преобразовательных исков.

4. Преобразовательные иски как *средство* реализации принадлежащего истцу *права на преобразование* правоотношения.

Г. Л. Осокина, анализируя высказанные в литературе мнения о юридической природе иска, приходит к выводу, что существование преобразовательных исков — это объективная правовая реальность, «обусловленная наличием у истца права требовать в одностороннем порядке изменения или прекращения существующего спорного правоотношения, которое (право) может быть реализовано только в форме судебного решения»<sup>40</sup>. Не трудно заметить, что такое понимание преобразовательных исков значительно отличается от их «традиционного» определения через конститутивные полномочия суда. Здесь акцент смещен с судебного решения как источника преобразования правоотношений на судебное решение как процессуальную форму, содержанием которой выступают субъективные права лица, защищенные (подтвержденные) судом.

Данная позиция достаточно близка с мнением тех ученых, которые считают, что суд не преобразовывает правоотношения, а реализует преобразовательное правомочие лица, в частности, А. А. Добровольский и С. А. Иванова, давая процессуальную характеристику иска о признании, указывали, что его предметом будет «требование истца к ответчику, состоящее в том, чтобы ответчик только признал право истца в том виде, как об этом утверждает истец, в том числе *право истца на изменение или прекращение правоотношения*» (курсив мой. — С. Х.)<sup>41</sup>.

Представляется, что такая позиция наилучшим образом соотносится с рассмотрением юридического существа решения суда в качестве правоприменительного акта, в котором дается юридически обязательная для всех оценка существующих у сторон субъективных прав. Преобразующий элемент сокрыт не в иске, а в законе, требования которого находят отражение в содержании процессуальной формы — судебном решении.

Судебное решение является ответом на заявленные в суд иски, требования к ответчику. Иск — это не требование истца о наделении или предоставлении ему права, а заявленное в суд и подлежащее рас-

---

<sup>40</sup> Осокина Г. Л. Указ. соч. С. 79.

<sup>41</sup> Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы... С. 38.

смотрению в определенном процессуальном порядке материально-правовое требование одного лица к другому о защите *существующего*, но нарушенного или оспоренного права. Как справедливо было отмечено в литературе, судебное решение есть «средство принудительной реализации тех правомочий, которые существуют у истца в реальной действительности, благодаря юридическим фактам, имевшим место до суда и независимо от суда»<sup>42</sup>.

В свою очередь требование истца к ответчику должно быть основано на нормах материального права и обосновано определенными юридическими фактами, указанными в исковом заявлении.

С помощью иска сторона получает возможность реализовать уже предоставленные законом, но нарушенные или оспариваемые права: иск есть не что иное, как право лица осуществлять в судебном порядке принадлежащее ему требование (Дигесты Юстиниана). Суд не преобразовывает правоотношение, а лишь охраняет уже существующие права — подтверждает право на развод, право собственности на имущество и т.д.<sup>43</sup> В качестве примера приведем решение арбитражного суда, вынесенное по иску о признании права собственности в отношении недвижимого имущества. В ходе рассмотрения дела было установлено, что спорное здание (кинотеатр) введено в эксплуатацию в 1981 г. В 1992 г. было создано государственное унитарное предприятие (ГУП), занимающееся киносервисом, которое в 2002 г. заключило договор аренды кинотеатра с обществом с ограниченной ответственностью (ООО). Затем ГУП и ООО заключили инвестиционный контракт на создание развлекательного комплекса путем реконструкции (модернизации) здания кинотеатра. В соответствии с положениями контракта под реконструкцией стороны определили комплекс строительных работ и организационно-технических мероприятий, связанных с изменением назначения объекта недвижимости. Согласно контракту размер общей площади развлекательного комплекса превышал площадь кинотеатра более чем в три раза. В результате проведения указанных работ кинотеатр был снесен (уничтожен). Данное обстоятельство подтверждается заключением инспекции архитектурно-строительного надзора; актом обследования объекта; актом приемки выполненных работ по разборке всех конструкций здания кинотеатра; заключением экспертизы о том, что стро-

<sup>42</sup> Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы.. С. 80.

<sup>43</sup> См.: Саломатова Т. Виды исков о наследстве // Рос. юстиция. 2001. № 7. С. 22—23. Характерно, что даже сторонники признания за решением суда значения юридического факта, например в семейном праве, говорят, что к порождующим юридическим фактам относится брак, родство, усыновление, но не решение суда по этим фактам (подробнее см.: Данилин В. И., Реутов С. И. Указ. соч. С. 41). Действительно, усыновление как юридический факт и решение суда об усыновлении имеют определенные различия. Первое — это последствия, связанные с изменением правоотношений, вторые — с результатом действия процессуального акта, завершающим гражданское судопроизводство.

ительная площадка, на которой ведутся работы по реконструкции, расположена на месте, где ранее размещался кинотеатр; справкой о том, что здание кинотеатра снесено, на техническом учете не состоит. Основываясь на ст. 235 ГК РФ (уничтожением имущества прекращается право собственности на это имущество), Высший Арбитражный Суд РФ указал, что иск о признании права собственности является вещно-правовым способом защиты нарушенного права собственности на определенную вещь и, следовательно, не подлежит удовлетворению, если указанная вещь погибла или уничтожена. Поэтому суды первой и апелляционной инстанций пришли к правильному выводу о физическом отсутствии спорного объекта (кинотеатра) и отказали в удовлетворении иска о признании права собственности.

Иное решение суда противоречило бы материальному и процессуальному закону. С точки зрения процессуального аспекта защищать можно только то право, которое уже существует, но нарушено либо оспаривается. С точки зрения материального права решением суда нельзя преобразовать существующие (обязательственные) отношения в вещные и признать право собственности на вновь возведенный объект. Основанием возникновения права являются предусмотренные законом юридические факты, а не решение суда.

Конституирующим (преобразующим) элементом выступает не решение суда, а норма закона, в процессе применения которой судом реализуется субъективное гражданское право обратившегося за судебной защитой лица. Следовательно, основанием для вынесения такого решения является не иск о преобразовании, а принудительное исполнение материальной нормы закона, предоставившей истцу соответствующие права. Юридическим фактом будут выступать обстоятельства, свидетельствующие о нарушении соответствующих субъективных гражданских прав лица; правовым основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношения — норма закона, наделившего его преобразовательными полномочиями.

Решение суда является юридическим средством защиты прав лица, а вступление его в законную силу — условием восстановления нарушенных прав и реализации преобразовательных полномочий лица, обратившегося в суд. Данный способ защиты субъективного гражданского права полностью укладывается в рамки решений, выносимых по результатам рассмотрения исков о признании и о присуждении. Поэтому суд, вынося так называемое потестативное решение, не преобразовывает существующее правоотношение, а лишь признает предусмотренные законом полномочия лица (ст. 12 ГК РФ) на изменение или прекращение правоотношения и тем самым дает защиту соответствующим субъективным правам этого лица.